

Revista Catalana de Dret Privat [Societat Catalana d'Estudis Jurídics], vol. 15-2 (2015), p. 157-187

ISSN (ed. impresa): 1695-5633 / ISSN (ed. digital): 2013-9993

<http://revistes.iec.cat/index.php/RCDP> / DOI: 10.2436/20.3004.02.75

ELS DRETS REALS D'ADQUISICIÓ VOLUNTÀRIA EN EL CODI CIVIL DE CATALUNYA

Joan-Maria Raduà Hostench

*Advocat*¹

Resum

En aquest treball analitzem el dret d'opció, el dret de tanteig i el dret de retracte com a autèntics drets reals i el seu exercici com a forma per a adquirir la propietat dels béns mobles i dels béns immobles.

Paraules clau: dret real, dret d'opció, dret de tanteig, dret de retracte, Registre de la Propietat.

THE REAL RIGHTS OF VOLUNTARY ACQUISITION IN THE CIVIL CODE OF CATALONIA

Abstract

This paper considers the right of option, the right of first refusal and the right of pre-emption as a truly real rights and their exercise as a way to acquire the ownership of movable and immovable goods.

Keywords: real right, right of option, right of first refusal, right of pre-emption, Land Registry.

1. INTRODUCCIÓ

1.1. EL MARC LEGAL

La regulació dels drets d'adquisició i, especialment, la seva configuració com a drets d'origen voluntari, com a drets de naturalesa real, són fruit d'una legislació recent. És més, històricament el dret civil català —fora del dret de fadiga en els censos, del dret de torneria i del dret a redimir en la venda a carta de gràcia— no contenia una

1. Article preparat a partir de la conferència feta per l'autor el 26 de febrer de 2014 en el cicle de conferències *Institucions del nostre dret*, organitzat per la Societat Catalana d'Estudis Jurídics, filial de l'IEC, i l'Il·lustre Col·legi d'Advocats de Barcelona.

normativa que considerés els drets reals d'adquisició i, encara menys, els drets d'adquisició de creació voluntària.²

La Llei 22/2001, de 31 de desembre, de regulació dels drets de superfície, de servitud i d'adquisició voluntària preferent (LSSDA), va regular per primer cop els drets d'adquisició en els seus articles 19-35. Aquests drets que la llei designava com «d'adquisició voluntària o preferent» podien tenir naturalesa personal o bé real.

Aquesta Llei va tenir una vigència molt curta, atès que va ser derogada en promulgar-se la Llei 5/2006, de 10 de maig, del llibre cinquè del Codi civil de Catalunya (CCCat), relatiu als drets reals, que en el seu capítol VIII va regular els drets d'adquisició.

El canvi més important operat en la regulació dels drets d'adquisició voluntària entre la derogada LSSDA i el CCCat és que en la LSSDA els drets d'adquisició voluntària podien tenir naturalesa personal o bé real, si bé el seu caràcter real s'havia de pactar expressament, de manera que si les parts no ho deien expressament, s'entenia que la seva naturalesa era obligacional. En canvi, els drets d'adquisició considerats en el CCCat són exclusivament de naturalesa real, per la qual cosa ha fins i tot desaparegut la regulació específica dels drets de naturalesa personal. En efecte, la derogació de la LSSDA va comportar l'eliminació de la regulació legal dels drets d'adquisició de tipus personal, figura que no va ser considerada per la Llei 5/2006.

Ara bé, aquesta manca de regulació dels drets personals d'adquisició no significa que estiguin prohibits. El principi de l'autonomia de la voluntat permet de crear-los.³ En aquest cas, s'han de regir pel propi negoci jurídic que els creï i també per la normativa general d'obligacions i contractes.

Actualment els drets d'adquisició són regulats en el llibre cinquè CCCat, dedicat als drets reals i promulgat per la Llei 5/2006. Aquesta regulació es troba principalment en els articles 568-1 a 568-27 CCCat del capítol VIII del títol VI i també en altres articles del mateix llibre cinquè on es regulen drets d'adquisició legals adscrits o vinculats a altres drets reals, com per exemple la fadiga en el cens, o vinculats a situacions de copropietat, com per exemple el retracte dels comuns.

2. És més, fins i tot en el Codi civil espanyol els drets d'adquisició voluntària no tenen una normativa pròpia. Si bé han estat admesos per la jurisprudència i la doctrina com a manifestació de la llibertat contractual i del principi d'autonomia de la voluntat, no existeix una normativa que els reguli de forma completa, com ho fa la legislació catalana.

3. La disposició derogatòria de la Llei 5/2006 deroga expressament la LSSDA. Aquesta derogació ha comportat la desaparició de la normativa dedicada als drets d'adquisició de caràcter personal. Aquesta manca de regulació específica no ha de considerar-se com una prohibició de l'existència d'aquests drets de caire personal. En aquest punt, la doctrina és unànime a considerar que la derogació de la LSSDA i la manca de regulació legal dels drets d'adquisició voluntària de tipus personal no comporten la prohibició d'aquests. Serà l'autonomia de la voluntat la que els crearà i es regularan per la normativa general de les obligacions i els contractes, amb les especificitats del seu títol constitutiu.

D'acord amb la disposició transitòria divuitena de la Llei 5/2006, els drets voluntaris d'adquisició preferent constituïts sobre béns situats a Catalunya abans de l'entrada en vigor d'aquest llibre, es regeixen per la normativa existent en el moment de constituir-los.⁴

1.2. DRETS D'ADQUISICIÓ DE NATURESA PERSONAL I DRETS D'ADQUISICIÓ DE NATURESA REAL

La configuració d'un dret com a dret real o com a dret personal té grans repercussions en el seu abast i exercici. Així, doncs, és de cabdal importància diferenciar si ens trobem davant d'un dret d'adquisició real o d'adquisició personal.

Si es tracta d'un dret de naturalesa personal, aquest sols té eficàcia entre les parts, mentre que si té caràcter real, grava la cosa i, per tant, es pot exercir enfront de tercers.

És a dir, en cas de transmissió del bé sobre el qual recau el dret d'adquisició, si el dret és real el bé és perfectament alienable, ja que continua gravat amb el dret real d'adquisició, que es podrà exercir enfront del nou adquirent. Per contra, si el dret d'adquisició té naturalesa personal, la transmissió del bé significa que s'està incomplint un contracte i el titular del dret d'adquisició no tindrà cap acció per a obtenir el bé ni cap acció contra el nou adquirent, fora que aquest fos adquirent de mala fe. Així, doncs, l'única cosa que podrà fer és resoldre el contracte amb una indemnització pels danys d'acord amb l'article 1124 del Codi civil (CC).⁵

És a dir, el dret d'adquisició de naturalesa real és una veritable càrrega sobre la cosa sobre la qual recau, de manera que és una limitació del dret de propietat.

També hem de recordar que si és un dret personal no pot ser cedit a tercers sense el consentiment de l'altra part, mentre que si el dret és real pot ser cedit i també gravat amb altres drets reals. Així, per exemple, veurem que l'article 569-35.1 CCCat permet hipotecar els drets d'adquisició de caràcter real.

De tota manera, cal assenyalar que la distinció entre drets reals i drets personals quan parlem de drets d'adquisició ha estat difusa i tradicionalment discutida per la doctrina i la jurisprudència. Per a alguns tractadistes la diferenciació radicava en la inscripció del dret d'adquisició en el Registre de la Propietat per via de l'article 14 del Reglament hipotecari (RH),⁶ de manera que era real el dret que figurés inscrit en el Registre.

4. No obstant això, es disposa que als drets d'adquisició voluntària constituïts d'acord amb la LSSDA els és d'aplicació el que disposa l'article 568-12 CCCat, que regula l'exercici del dret d'opció.

5. És cert que l'obligació personal inscrita en el Registre per la via de l'article 14 RH té eficàcia contra tercers, però aquesta eficàcia contra tercers deriva de la seva publicitat registral, i no pròpiament de la seva naturalesa personal. També és cert que l'obligació personal és oposable a tercers de mala fe. Ara bé, el dret real, per la seva pròpia essència, és sempre oposable a tercers (amb les salvaguardes de la legislació hipotecària).

6. L'article 14 RH permet la inscripció en el Registre del contracte d'opció de compra o del pacte

No obstant això, aquesta tesi no era pacífica i, de fet, ha estat rebutjada en diverses ocasions pel Tribunal Suprem en sentències com la de 3 de març de 1995,⁷ que va declarar que el tanteig tenia només eficàcia obligacional encara que figurés inscrit en el Registre de la Propietat, ja que la naturalesa de dret real no es produïa per l'accés al Registre. Segons aquesta tesi, la inscripció en el Registre no és, doncs, constitutiva. En termes similars es va manifestar el Tribunal Suprem respecte a una opció en la Sentència de 13 de febrer de 1997.⁸

En els articles 20.II i 24b de la derogada LDSSA es reconeixia al dret el caràcter de dret real quan l'atorgant el constituïa com a tal. Actualment, en el Codi civil de Catalunya ja no s'exigeix que els atorgants donin expressament aquest caràcter als drets. Així, veiem que l'article 568-2.1 CCCat disposa que «els drets reals d'adquisició es constitueixen en una escriptura pública i, si recauen sobre béns immobles, s'han d'inscriure en el Registre de la Propietat», sense fer cap menció de la voluntat de les parts atorgants. Sembla, doncs, que el Codi civil de Catalunya ha volgut que la sola constitució en una escriptura pública i la inscripció en el Registre de la Propietat, en el cas dels immobles, siguin suficients per a considerar com a dret real el dret d'adquisició. Fixem-nos, doncs, que quan es tracta d'un immoble, la inscripció esdevé constitutiva de la naturalesa real del dret, però per al cas dels béns mobles no és necessària.

Al nostre entendre, per a poder saber si ens trobem davant d'un dret d'adquisició personal o d'adquisició real, cal atendre el que han disposat les parts en el títol constitutiu, sempre que aquest s'adeqüi al que disposa la legislació, que —com veiem— exigeix l'atorgament en una escriptura pública i una posterior inscripció en el Registre de la Propietat si es tracta de béns immobles. Considerem que la inscripció és la que confirma el caràcter real que han volgut atorgar les parts al dret, de tal manera que sense aquesta el dret no adquireix la naturalesa real.

El Tribunal Superior de Justícia de Catalunya (TSJC) s'ha pogut manifestar respecte a aquesta qüestió en la Sentència de 7 de gener de 2011,⁹ on diu que és la voluntat de les parts la que determina si el dret d'adquisició (en aquest cas, una opció) té naturalesa real o naturalesa obligacional. Ara bé, com acabem de dir, perquè sigui un

d'una opció de compra contingut en un altre contracte quan compleixi els requisits següents: a) pacte expressat de les parts perquè s'inscrigui; b) preu estipulat per a l'adquisició de la finca i preu per a atorgar l'opció, i c) durada de l'exercici de l'opció, que no pot excedir els quatre anys (excepte en cas d'arrendament amb opció de compra, en què la durada pot abastar la durada de l'arrendament, però no la de les seves prorroques). És a dir, l'article 14 RH permet la inscripció en el Registre a l'efecte de l'oposabilitat a tercers dels drets d'opció de caràcter obligacional personal.

7. Sentència de 3 de març de 1995 (EDJ 1995/791).

8. En la Sentència de 13 de febrer de 1997 del Tribunal Suprem es diu que «al no haberse inscrito en el Registro de la Propiedad la referida opción, se configura como derecho personal y no real».

9. En aquesta Sentència de 7 de gener de 2011 (EDJ 2011/29411) el TSJC reconeix la discussió sobre la naturalesa de la institució de l'opció, interpreta la Sentència del Tribunal Suprem de 12 de març de 2008 i acaba afirmant que «la naturalesa del dret d'opció es deriva en la majoria dels supòsits de la voluntat dels contractants».

dret real d'adquisició no és suficient que ho manifestin els atorgants, sinó que, a més a més, cal complir uns mínims requisits legals que veurem a continuació, entre els quals i principalment hi ha el d'atorgar-lo en una escriptura pública i, si el dret recau sobre immobles, inscriure'l en el Registre de la Propietat (art. 568-2 CCCat).

1.3. DRETS D'ADQUISICIÓ D'ORIGEN LEGAL I DRETS D'ADQUISICIÓ D'ORIGEN VOLUNTARI

Pel seu origen, els drets reals d'adquisició poden ser legals o voluntaris. Els primers són atorgats per la llei al beneficiari establert per la llei quan es compleixen les circumstàncies previstes en la norma que estipula la seva creació. Els voluntaris es confereixen pel lliure acord de les voluntats dels seus atorgants.

El Codi civil de Catalunya regula els drets d'adquisició voluntària dintre del capítol VIII del títol VI del llibre cinquè. En aquest mateix capítol VIII també es regulen dos drets d'adquisició legals, la torneria i el retracte de confrontants,¹⁰ mentre que al llarg del mateix Codi civil de Catalunya trobem dispersos altres drets d'adquisició legal.¹¹

Una simple lectura de l'article 568-1 CCCat ens podria fer interpretar que els drets reals d'adquisició voluntària sols poden ser de tres menes: el dret d'opció, el dret de tanteig i el dret de retracte. Però cal fer algunes matisacions i aclariments.

La primera fa referència a la pròpia definició o essència de cadascun dels tres drets reals anomenats *d'adquisició voluntària*. El mateix article 568-1 CCCat dóna la següent definició de cadascun d'aquests drets:

— L'opció és el dret real «que faculta el seu titular per a adquirir un bé en les condicions establertes pel negoci jurídic que la constitueix».

— El dret real de tanteig és el «que faculta el seu titular per a adquirir a títol oneros un bé amb les mateixes condicions pactades amb un altre adquirent».

10. Curiosament, els drets legals d'adquisició que el CCCat tracta en aquest capítol VIII, dedicat als drets d'adquisició, sols són drets de retracte. Ni en la torneria ni en el cas dels confrontants no es preveu el tanteig i el CCCat permet sols el retracte; s'aparta, doncs, del criteri mantingut per als drets reals d'adquisició voluntària, en què admetia el retracte com una segona fase del tanteig per als casos en què aquest no s'havia pogut exercir. Fins i tot és sorprenent que en el cas de la torneria s'elimini el tanteig, ja que històricament la torneria comportava el tanteig i el retracte.

11. En el Codi civil de Catalunya es regulen diferents drets de tanteig i de retracte legals: el retracte de confrontants (art. 568-16 a 518-20 CCCat); el dret de torneria de la Vall d'Aran (art. 568-21 a 568-26 CCCat); el tanteig i el retracte de comuners en cas d'alienació d'una quota a un tercer aliè a la comunitat (art. 552-4 CCCat); el tanteig i el retracte a favor dels cohereus (art. 463-6 CCCat) en cas de compravenda o dació en pagament de la quota hereditària a favor d'un tercer; el tanteig i el retracte dels nus propietaris en cas de transmissió de l'usdefruit a títol oneros o a títol gratuït (art. 561-9.2 i 561-10 CCCat); el dret de fadiga en el cas del cens emfitèutic a favor únicament del censatari a qui s'atorga per llei el dret de tanteig i de retracte per a adquirir el dret de cens transmès a títol oneros (art. 565-5.2 i 565-23 a 565-28 CCCat), i els drets d'adquisició preferent dels drets d'aprofitament parcial d'una finca a favor del propietari o del titular d'algun dret possessori (art. 563-4 CCCat).

— El dret real de retracte és el «que faculta el seu titular per a subrogar-se en el lloc de l'adquirent amb les mateixes condicions convingudes en un negoci jurídic onerós una vegada ha tingut lloc la transmissió».

Si ens hi fixem, de tots tres, el dret real d'opció és l'únic autèntic dret d'adquisició, ja que és l'únic que deixa exclusivament a les mans del titular el seu exercici i la posterior adquisició del bé (sempre que pagui el preu i es compleixin les condicions establertes en el seu títol constitutiu).

Els altres dos, el de tanteig i el de retracte, en realitat atorguen una expectativa de quedar-se el bé. El tanteig seria pròpiament un dret d'adquisició preferent. És a dir, supeditat al desig del propietari de transmetre el bé, cas en el qual el titular del tanteig té preferència. I el retracte és el dret de subrogar-se en el lloc d'un tercer que ha adquirit el bé. Però, en aquest cas, cal que efectivament s'hagi produït una transmissió prèvia.¹²

Així, mentre que l'exercici del dret d'opció queda exclusivament a les mans del titular del dret, que el pot exercir en qualsevol moment (mentre el dret estigui vigent), el tanteig i el retracte pot ser que no s'arribin a exercir mai perquè el propietari del bé mai no els transmeti. És a dir, l'exercici del tanteig i del retracte està condicionat a la prèvia voluntat del propietari de transmetre el bé.¹³

Igualment, tot i la redacció de l'article 568-1 CCCat, de la qual sembla deduir-se que sols existeixen aquests tres drets reals d'adquisició voluntària, res no impedeix de constituir de forma voluntària altres tipus de drets reals d'adquisició, atès que, en aplicació del principi d'autonomia de la voluntat, el propietari d'un bé pot constituir sobre aquest mateix altres limitacions (art. 545-4 CCCat). En aquest cas, pot establir drets d'adquisició a favor de tercers.¹⁴

És més, el mateix Codi civil de Catalunya conté un altre dret real d'adquisició voluntària en el seu article 565-23.1 CCCat. Segons aquest article, és possible de concedir el dret de fadiga a favor del censalista si així ho determina expressament el títol de constitució del cens. En aquest cas, el censalista té dret a adquirir la finca gravada amb el cens i venuda a títol onerós.

A més a més, cal esmentar que aquest dret adquisitiu és també aplicable en els contractes de rabassa morta en virtut de la disposició transitòria dotzena, apartat 5e, de la Llei 5/2006, de 10 de maig.

12. En aquest punt hem de parar esment que, tot i que l'article 568-1.1c CCCat utilitza el mot *subrogar-se*, aquest no és el terme correcte, ja que no hi ha subrogació, sinó una segona transmissió del primer adquirent al retraient.

13. En aquest sentit es manifesta Esteve Bosch (a Pedro del POZO CARRASCOSA, Antoni VAQUER ALOY i Esteve BOSCH CAPDEVILA, *Derecho civil de Cataluña. Derechos reales*, Barcelona, Marcial Pons, 2012), que diu que, de fet, el tanteig i el retracte, més que anomenar-se *drets d'adquisició*, s'haurien de definir com a «drets de preferent adquisició».

14. En aquest sentit s'ha manifestat, entre d'altres, Lluís PUIG i FERRIOL i Encarna ROCA i TRIAS, *Institucions del dret civil de Catalunya*, vol. IV, *Drets reals*, València, Tirant lo Blanch, 2007.

Podem trobar altres drets reals d'adquisició voluntària en la legislació civil catalana fora del Codi civil de Catalunya. Per exemple, el dret a redimir per carta de gràcia, que és en realitat un dret real d'opció constituït per la via de la reserva.

Els articles 326-328 de la Compilació del dret civil de Catalunya (CDCC) regulen la venda a carta de gràcia. L'article 326.1 CDCC diu: «En la venda a carta de gràcia el venedor es reserva el dret de redimir o recuperar la cosa venuda». Es tracta d'un dret real d'opció constituït per la via de la reserva.¹⁵

Finalment, es podrien constituir altres opcions com a reserves; per exemple, fer una donació en què el donant es reserva el dret a recuperar la propietat.

Pel que fa als drets reals d'adquisició d'origen legal, l'article 568-2.2 CCCat diu que el tanteig i el retracte també poden ser d'origen legal quan una llei així ho estableixi. En aquest cas, es regularan per la seva norma sectorial. Si ens hi fixem, aquest article sols parla de tanteig i retracte legal, no menciona l'opció. El Codi civil de Catalunya no conté cap dret real d'adquisició legal que tingui la naturalesa d'una opció. Els drets reals d'adquisició legal tenen naturalesa de tanteig o de retracte, i, de fet, bàsicament de retracte.

Recordem que, a part dels tanteigs i retractes legals a favor de particulars, la normativa administrativa també estableix tanteigs i retractes a favor de les administracions públiques; per exemple, els retractes a favor d'ajuntaments en casos de venda d'immobles catalogats o els retractes establerts per la legislació urbanística.

2. DISPOSICIONS GENERALS DELS DRETS REALS D'ADQUISICIÓ VOLUNTÀRIA

2.1. ATORGAMENT EN UNA ESCRIPTURA PÚBLICA I INSCRIPCIÓ EN EL REGISTRE DE LA PROPIETAT EN CAS D'IMMOBLES

La constitució dels drets d'adquisició voluntària s'ha de fer en una escriptura pública i si els drets recauen sobre immobles la constitució s'ha d'inscriure en el Registre de la Propietat (art. 568-2 CCCat).

Si no s'atorguen en una escriptura pública o si recauen sobre un immoble però no s'inscriuen en el Registre de la Propietat, el dret d'adquisició no arriba a tenir caràcter real i tindrà sols efectes obligacionals entre les parts. És a dir, el no compliment d'aquestes condicions priva el naixement del dret real. En el cas dels immobles, el requisit de la seva inscripció registral esdevé, doncs, constitutiu del dret.

15. Amb una durada de sis anys si recau sobre béns mobles i de trenta si recau sobre béns immobles; en aquest darrer cas, el termini del dret de redimir es pot fixar per la vida d'una o de dues persones que visquin en el moment de constituir-se.

Cal fer notar que la inscripció en el Registre de la Propietat (art. 568-2.1 CCCat) no s'ha de practicar per la via de l'article 14 del Reglament hipotecari (RH), sinó que, com a dret real que és, s'ha de dur a terme de forma directa, com es faria amb qualsevol altre dret real, atès que com a dret real serà inscriptible en el Registre d'acord amb els articles 2.2 de la Llei hipotecària (LH) i 7 RH.

2.2. EL TÍTOL CONSTITUTIU I EL SEU CONTINGUT

«Els drets d'adquisició voluntària es poden constituir per qualsevol títol», segons l'article 568-5.1 CCCat. Així, doncs, es poden atorgar en actes entre vius o per causa de mort, i es poden concedir de manera onerosa o de manera gratuïta.

En consideració al principi d'autonomia de la voluntat, el contingut del títol serà el que acordin les parts en constituir el dret. Ara bé, la llei marca un contingut mínim segons el tipus de dret d'adquisició que es vulgui constituir i, alhora, estableix uns requisits de contingut genèrics per a tots els drets reals d'adquisició voluntària. La manca d'alguna d'aquestes mínimes mencions legals comportarà la nul·litat del títol. Hem de preguntar-nos si aquesta nul·litat comportarà la del negoci jurídic o bé si aquest tindrà algun tipus d'eficàcia. Al nostre entendre, la nul·litat privaria de naturalesa real el dret d'adquisició, que, no obstant això, podria conservar la seva eficàcia obligacional entre les parts.

L'article 568-6 CCCat ens diu quin ha de ser el contingut mínim del títol. Així, el títol ha d'establir la durada del dret (art. 568-6a CCCat). Ara bé, si no es regula, aquest article dóna un criteri d'aplicació subsidiària: si no es diu res en el títol de constitució, supletòriament el dret tindrà una durada de quatre anys.

Ara bé, aquesta durada sembla que no encaixa bé amb les durades que de forma específica fixen l'article 568-8.1 CCCat per al dret d'opció de deu anys i l'article 568-13.1 CCCat per al tanteig, que pot ser indefinit. La manera d'interpretar aquesta aparent contradicció és entendre que el dret d'opció es pot pactar amb una durada màxima de deu anys;¹⁶ ara bé, si no es pacta aquesta durada, llavors serà de quatre anys.

Igualment, compaginant l'article 568-6a CCCat amb l'article 568-13.1 CCCat, interpretem que, en el cas del tanteig, aquest es pot constituir amb una durada indefinida, però si no es diu res de la durada en el títol de constitució, llavors durarà quatre anys.

També aquest apartat a de l'article 568-6 CCCat regula la durada de l'exercici del dret, i si no se'n diu res en el títol de constitució, supletòriament el termini serà d'un mes. Al nostre entendre, aquest article no té sentit ni cap aplicació pràctica. No té sentit en el cas del dret d'opció, ja que aquest dret s'esgota amb el seu exercici. Així,

16. Aquesta durada és molt superior als quatre anys fixats en l'article 14 RH per a l'opció de naturalesa personal inscrita en el Registre.

doncs, aquest apartat sols podria aplicar-se al tanteig i al retracte. Ara bé, es contradiu amb el que disposen de manera especial els articles 568-14.4 CCCat per al tanteig (l'exercici del qual caduca en el termini de dos mesos des del dia de la notificació de l'acord de transmissió) i 568-15.2 CCCat per al retracte (que fixa un termini de tres mesos per a exercir-lo). Considerem, doncs, que aquesta menció de la durada de l'exercici no té sentit i no s'ha d'aplicar mai, ja que és contradictòria amb la durada de l'exercici prevista de manera específica per al tanteig (art. 568-14.4 CCCat) i per al retracte (art. 568-15.2 CCCat).¹⁷

En tots els casos, la durada d'aquest termini d'exercici té una caducitat amb uns efectes propis continguts en els articles 122-1, 122-3 i 122-5 CCCat.

L'article 568-6b CCCat disposa que, si es tracta d'un dret d'opció, el títol ha d'indicar la contraprestació per a adquirir el bé o els criteris per a fixar-la. Igualment, l'apartat *d* del mateix article estableix que en el títol s'ha d'establir la manera d'acreditar el pagament del preu o la contraprestació, si es tracta d'un dret d'opció i se n'ha pactat l'exercici unilateral. Estudiarem aquestes qüestions més endavant en tractar del dret d'opció.

El títol ha d'assenyalar la prima pactada i com s'ha satisfet (art. 568-6c CCCat), en el cas que s'hagi constituït a títol oneros.

La prima és la contraprestació que rep el propietari del bé per concedir un dret real d'adquisició a favor d'un tercer. De la lectura d'aquest article es desprèn que el dret d'adquisició es pot constituir de forma gratuïta, és a dir, sense contraprestació pel seu atorgament.

No cal que la prima sigui en diners. Pot consistir en el lliurament d'un altre bé o d'un dret o en una prestació de fer o de no fer. Considerem igualment que no hi ha inconvenient a pactar que la prima sigui pagada a terminis.

La prima pactada es pot imputar al preu d'adquisició quan s'hagi pactat expressament en el títol constitutiu (art. 568-5.2 CCCat).

Si no s'exercita el dret d'adquisició, no s'ha de retornar la prima, fora que en el títol constitutiu s'hagi establert una altra cosa.

En el títol s'ha de fixar el domicili del concedent de l'opció a l'efecte de les notificacions i, en el cas del tanteig i el retracte, el domicili dels titulars del tanteig i del retracte per tal que els notifiquin la transmissió i puguin exercir llur dret (art. 568-6d CCCat).

Hem de tenir present que, en el cas de l'opció, la notificació s'ha de fer al titular del bé en el moment en què s'exerciti l'opció (ja que durant la seva vigència el bé es pot haver transmès), tal com estableix l'article 568-12.4 CCCat.¹⁸

17. Per a Encarna Roca (Lluís PUIG i FERRIOL i Encarna ROCA TRIAS, *Institucions del dret civil de Catalunya*), la durada de l'exercici del dret fixada en l'apartat *a* de l'article 568-6 CCCat s'aplica de forma supletòria a la fixada per al tanteig i el retracte, respectivament, en els articles 568-14.4 i 568-15.2 CCCat. Al nostre entendre, aquesta aplicació supletòria no és possible, ja que els terminis fixats en aquests articles ja són supletoris dels que pactin les parts.

18. Quant a l'exigència de notificació, també resulta de l'article 51.9 RH.

2.3. LA CAPACITAT PER A CONSTITUIR I PER A EXERCIR ELS DRETS REALS D'ADQUISICIÓ VOLUNTÀRIA

En el capítol VIII no hi ha cap menció a la capacitat per a constituir i per a exercir els drets reals d'adquisició voluntària. Per a constituir el dret real cal que les parts tinguin capacitat per a atorgar el negoci jurídic en el qual es constitueix el dret real, de manera que es requerirà que l'atorgant tingui la capacitat general de disposició necessària per a constituir qualsevol dret real.

Pel que fa al moment de l'exercici del dret real, es requereix que en el moment d'exercir-lo el titular del dret tingui capacitat per a fer-ho.

Quant a la possibilitat de deixar indeterminat el titular del dret real, cal recordar que la Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya (STSJC) de 23 de març de 2009 va considerar nul el títol constitutiu per manca de determinació del titular del dret.¹⁹

2.4. LA COTITULARITAT DELS DRETS REALS D'ADQUISICIÓ VOLUNTÀRIA

Com qualsevol altre dret real, els drets d'adquisició voluntària poden tenir més d'un titular. L'article 568-4 CCCat disposa que si els drets d'adquisició s'han constituït a favor de diversos titulars de manera proindivisa, els han d'exercir conjuntament tots ells o un d'ells per cessió dels altres.

Aquest article no és altra cosa que l'aplicació del que ja disposa l'article 552-7.6 CCCat quan diu que en la comunitat indivisa els actes de disposició s'acorden per unanimitat.²⁰

Al nostre entendre, l'afegitó «per un o diversos dels titulars per cessió dels altres» no té sentit. Si l'exerceix un titular per cessió dels altres vol dir que ja no hi ha indivisió, i si l'exerceixen dos o més cotitulars vol dir que la resta de cotitulars originaris han cedit (han transmès la seva quota als altres), de manera que els que resten són tots els titulars que l'estan exercint per unanimitat.

19. Diu aquesta Sentència que la determinació dels subjectes de la relació jurídica és un dels elements essencials de tot negoci, d'acord amb el que disposa l'art. 1254 CC. D'aquesta manera, la foscor en l'element subjectiu del contracte, de manera que no pugui saber-se si l'opció es concedia al senyor J. M. com a persona física o a la societat, significa, d'acord amb el que disposa l'art. 1289.2 CC, la nul·litat del mateix contracte, ja que els dubtes recauen sobre un element essencial. Ja hem vist que el criteri de l'Audiència en aquest punt, atès que no era arbitrari ni absurd, no és revisable en cassació. Vegeu la STSJC (Secció 1a) de 23 de març de 2009 (EDJ 2009/62954).

20. Respecte a l'exercici del dret de fadiga en el cens, l'article 565-28.1 CCCat diu el mateix.

2.5. L'OBJECTE DELS DRETS REALS D'ADQUISICIÓ VOLUNTÀRIA

L'article 568-3 CCCat diu que els drets d'adquisició poden recaure sobre béns immobles i també sobre béns mobles que es puguin identificar.

Recordem que, en el cas dels immobles, cal la seva inscripció en el Registre de la Propietat, i que es poden constituir drets d'adquisició sobre parts determinades d'un immoble o sobre la seva edificabilitat. En aquests casos, el preu d'adquisició s'ha de fixar tenint en compte la mesura de la superfície o altres paràmetres determinats prèviament. Ara bé, entenem que res no impedeix que els atorgants puguin fixar altres criteris que permetin fixar el preu.

Pel que fa a la constitució d'un dret d'opció sobre l'edificabilitat d'una finca, hem de recordar que la Direcció General de Registres i del Notariat ja ho ha admès en resolucions com la de 23 d'octubre de 2001.²¹

Quant als béns mobles, la llei exigeix que «es puguin identificar». En relació amb la identificabilitat dels béns mobles, l'article 6.2 de l'Ordenança del Registre de Venda de Béns Mobles (ORBM) considera identificables, a l'efecte del Registre, tots els béns que tinguin impresa la marca, el model o el número de sèrie o de fabricació o que tinguin algun tret que els diferenciï d'altres béns.

La doctrina està dividida pel que fa a la possibilitat de constituir drets d'adquisició sobre béns fungibles. Al nostre entendre, tot i que això no és habitual, podem trobar casos en què sigui possible. Per exemple, un dret d'opció o de tanteig sobre una collita futura.²²

També podem dir que l'objecte pot no tenir existència física, sinó només jurídica. En són exemples els pisos en construcció d'un edifici que ja s'ha dividit en propietat horitzontal o bé l'edificabilitat d'un terreny.

També es poden constituir drets sobre béns encara inexistents. Són els drets d'adquisició sobre béns futurs, l'exercici dels quals queda condicionat a la definitiva existència del bé (art. 568-3.2 CCCat). Es tracta d'una condició suspensiva. És a dir, és un dret real l'existència del qual queda condicionada a l'efectiva existència del bé sobre el qual s'ha previst que recaigui.

En el cas que el bé futur sigui un immoble o estigui referit a un immoble —com seria el cas d'un dret de vol o d'un dret de superfície—, cal, a més a més, que aquest dret i el referit immoble s'inscriguin. Si això no es realitza o no és possible, la manca d'inscripció fa que el dret d'adquisició no tingui caràcter real, sinó obligacional. No obstant això, hem de recordar que l'article 8.5 LH permet inscriure edificis en propietat horitzontal encara no acabats.

21. Aquesta Resolució de la Direcció General del Registre i del Notariat (RDGRN) de 23 d'octubre de 2001 (*Boletín Oficial del Estado*, 6 desembre 2001) va admetre la constitució d'un dret d'opció sobre una finca inclosa en una unitat d'actuació en la qual la titularitat en el moment de l'atorgament seria substituïda per la titularitat sobre la finca que la reemplaçés.

22. En aquest sentit es manifesten Lluís PUIG I FERRIOL i Encarna ROCA I TRIAS, *Institucions del dret civil de Catalunya*.

També és possible establir un dret d'adquisició sobre un conjunt de béns. Ara bé, en cas que siguin béns inscriptibles en un registre públic (immobles o mobles que s'inscriguin), s'ha d'assenyalar un preu individual per a cada un que permeti l'exercici dels drets per separat, tal com exigeix l'article 568-3.3 CCCat, fora que en constituir el dret s'hagi imposat que l'exercici hagi de ser conjunt i no es permeti un exercici separat.

Al nostre entendre, aquesta excepció d'obligar a l'exercici conjunt si així s'ha pactat i permetre alhora que no es determini un valor individual per a cada bé, pot comportar problemes pràctics en cas de pèrdua o deteriorament d'algun dels béns integrants del conjunt de béns, qüestió que no encaixa bé amb l'article 568-11 CCCat, on es regulen les conseqüències de la pèrdua total o parcial del bé gravat amb un dret d'opció. Aquest darrer article, en cas de pèrdua parcial, permet a l'optant triar entre exercir l'opció o no exercir-la però pagar la contraprestació proporcional. Pensem que es pot haver perdut totalment un dels béns integrants del conjunt o parcialment un o més d'un dels béns integrants del conjunt. En aquests supòsits, l'optant perd la facultat que li atorga l'article 568-11 CCCat d'exercir l'opció per als béns que resten? I quin preu hauria de pagar si el preu de cada bé no es va individualitzar? El mateix succeeix amb l'obligació que té el propietari de retornar la part proporcional de la prima en cas que el bé s'hagi perdut per dol o culpa seva (art. 568-11 CCCat). En aquest cas, quin import de la prima rebuda hauria de retornar si es tracta d'un conjunt de béns i no es va individualitzar el valor de cada bé? Al nostre entendre, el legislador no ha resolt correctament la integració dels articles 568-3.3 CCCat i 568-11 CCCat. Creiem que el legislador, ja que permet que les parts pactin l'obligatorietat de l'exercici sobre la globalitat dels béns, hauria d'haver establert l'obligatorietat de desglossar el preu de cada un dels béns en previsió que, en cas de pèrdua total d'un dels béns o de pèrdua parcial d'un o més béns, l'optant decidís exercir el seu dret a l'empara de l'article 568-11 CCCat. L'altra opció seria entendre que l'article 568-3.3 CCCat impedeix l'aplicació de l'article 568-11 CCCat, solució que no ens sembla correcta sobretot en el cas que un dels béns integrants del conjunt s'hagi perdut per culpa o dol del propietari.

2.6. ELS EFECTES DE L'EXERCICI DELS DRETS REALS D'ADQUISICIÓ VOLUNTÀRIA

L'article 568-2.2 CCCat disposa que «[l]'exercici dels drets d'adquisició voluntària comporta l'adquisició del bé en la mateixa situació jurídica en què es trobava en el moment de la seva constitució, i també l'extinció dels drets incompatibles constituïts amb posterioritat sobre el bé si el dret s'havia constituït amb caràcter real,²³ sens perjudici del que estableix la legislació hipotecària».

23. L'expressió «si el dret s'havia constituït amb caràcter real» referma la tesi exposada anteriorment que amb la derogació de la LSSDA no s'ha prohibit la constitució de drets d'adquisició de naturalesa personal.

Pel que fa al dret d'opció, també cal tenir present que l'article 568-12.1 CCCat estableix que «[e]ls optants, sens perjudici del que estableixi el títol de constitució, han de pagar el preu o la contraprestació en exercir el dret d'opció o abans d'exercir-lo i els concedents els han de lliurar la possessió del bé».

La interpretació de l'article 568-2.2 CCCat quan afirma que «l'exercici dels drets d'adquisició voluntària comporta l'adquisició del bé», juntament amb la de l'article 568-12.1 CCCat quan diu «i els concedents els han de lliurar la possessió del bé», han donat lloc a dos posicionaments en la doctrina respecte a l'abast de l'adquisició de la propietat del bé un cop exercit el dret d'adquisició.

Per a Bosch Capdevila,²⁴ l'exercici del dret d'adquisició de l'opció de naturalesa real i, també, del retracte de naturalesa real comporta l'adquisició automàtica de la propietat, sense necessitat de tradició. Per a Bosch, sols amb la notificació de l'exercici del dret d'adquisició i el compliment de les condicions pactades en el títol constitutiu (pagament del preu, que es podria consignar), el titular del dret d'adquisició esdevé automàticament propietari del bé, sense necessitat de tradició. D'acord amb aquesta interpretació, el lliurament de la cosa per part de l'antic propietari és sols necessari a l'efecte de lliurar la possessió del bé, no per a ser-ne propietari.

Un altre sector de la doctrina —com és el cas d'Encarna Roca Trias²⁵ o Antonio Cumella Gaminde—²⁶ manté la tesi que Encarna Roca denomina *tradicional* i que exigeix el lliurament de la cosa, la *traditio*.²⁷ Per a Encarna Roca, en el dret d'opció (i també en els altres drets reals d'adquisició) existeixen dos negocis jurídics: el de la creació del dret, que té unes característiques pròpies i es regula en el CCCat, i un segon negoci jurídic que és el que les parts puguin celebrar com a conseqüència del dret d'opció. Aquest negoci jurídic que les parts preveuen en constituir el dret d'opció ha de seguir totes les condicions establertes per al negoci de què es tracti. Així, si s'ha previst que l'optant tindrà el dret de comprar la cosa, s'hauran d'aplicar les normes de la compravenda, i per això es diu que no hi ha una adquisició automàtica de la propietat en exercir el dret d'opció, sinó que es requereixen el títol i la tradició, tal com s'afirma en la Sentència del Tribunal Suprem de 3 d'abril de 2006.²⁸ L'article 568-12.1 CCCat estableix que l'exercici del dret d'opció exigeix el pagament de la contrapres-

24. Esteve BOSCH CAPDEVILA, «Exercici del dret d'opció i adquisició de la propietat», a Ferran BADOSA COLL i M. Carmen GETE-ALONSO CALERA (dir.), *La adquisición y transmisión de derechos reales: Estudio del derecho catalán y otros sistemas jurídicos*, Barcelona, Col·legi de Notaris de Catalunya i Marcial Pons, 2009, p. 243 i seg.

25. Lluís PUIG i FERRIOL i Encarna Roca TRIAS, *Institucions del dret civil de Catalunya*, p. 697 i seg.

26. Antonio CUMELLA GAMINDE, «Art. 568-1 a 568-12 CCCat», a DECANATO AUTONÓMICO DE LOS REGISTRADORES DE CATALUÑA, *Derechos reales*, Barcelona, Bosch, 2008, p. 1662 i seg.

27. Tradició que és requisit per a adquirir la propietat dels béns, tal com estableix l'article 531-1 CCCat, que disposa que «per a transmetre i adquirir béns, cal, a més del títol d'adquisició, la realització, si escau, de la tradició o dels actes o de les formalitats que estableixen les lleis».

28. En sentit similar es manifesta el Tribunal Suprem en sentències com la de 18 de juliol de 2006 i la de 27 d'octubre de 2005.

tació i el lliurament de la possessió, és a dir, el compliment del contracte que s'ha pactat realitzar.

Aquesta línia és la seguida en la Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya de 7 de gener de 2011²⁹ i en la Sentència de l'Audiència Provincial de Lleida de 18 de desembre de 2009.³⁰

A més a més, l'article 568-2.2 CCCat disposa que «[l]'exercici dels drets d'adquisició voluntària comporta l'adquisició del bé en la mateixa situació jurídica en què es trobava en el moment de la constitució» i que s'extingeixen els drets incompatibles constituïts amb posterioritat, sens perjudici del que estableix la legislació hipotecària.³¹

En el cas del dret d'opció, veurem que en aquest mateix sentit l'article 568-12 CCCat, en regular els efectes de l'exercici de l'opció, preveu la cancel·lació registral de les càrregues que el bé tingui inscrites amb posterioritat a la inscripció del dret d'opció, tot tenint en compte el que disposa la legislació hipotecària.

Ara bé, aquesta afirmació de l'article 568-2.2 CCCat s'ha de relativitzar respecte als drets de tanteig i retracte, ja que, en contra del que es diu en l'article 568-2.2 CCCat, l'exercici del tanteig o del retracte no comporta l'extinció dels drets constituïts amb posterioritat. I, això, en la mesura que el tantejant o el retraient que exercita el seu dret paga el mateix preu que un tercer que ha ofert un preu pel bé tenint en compte les càrregues existents. Entenc, doncs, que les càrregues imposades pel propietari amb posterioritat a la creació del dret de tanteig o el dret de retracte continuen existint un cop s'ha exercitat el tanteig o el retracte. Aleshores, no hi ha extinció dels drets reals constituïts amb posterioritat al negoci que va crear el dret de tanteig o de retracte. Una altra cosa seran les noves càrregues que es puguin constituir un cop s'ha exercit el tanteig o el retracte i fins que el tantejant o el retraient no esdevenen propietaris. En aquest cas, l'exercici del tanteig o del retracte comporta l'extinció dels drets incompatibles constituïts amb posterioritat a aquest exercici i sempre amb sujecció al que disposa la legislació hipotecària.

29. Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya de 7 de gener de 2011 (EDJ 2011/29411).

30. La Sentència de l'Audiència Provincial de Lleida (Secció 2a) de 18 de desembre de 2009 (EDJ 2009/365196) declara que «el ejercicio de la opción de compra no confiere al optante título de dominio hasta el punto de facultar al optante para entablar una acción declarativa de dominio (como la que ejercita en su demanda) pues únicamente produce la perfección del contrato de compraventa, pero no la consumación del mismo. El contrato de compraventa queda automáticamente perfeccionado y sometido a su propia regulación».

31. En relació amb la cancel·lació registral, recordem que l'article 82.2 LH disposa que les inscripcions poden cancel·lar-se quan el dret quedi extingit per declaració de la llei o quan en resulti l'extinció en virtut del mateix títol inscrit. Recordem, també, que perquè el dret real d'opció tingui efectes contra tercers cal que estigui inscrit (art. 13 LH) o bé que aquests en coneguin l'existència.

2.7. L'EXTINCIÓ DELS DRETS REALS D'ADQUISICIÓ VOLUNTÀRIA

L'article 568-7 CCCat estableix que els drets d'adquisició s'extingeixen pels mateixos motius que s'extingeixen la resta de drets reals.

Així, doncs, provoquen l'extinció dels drets reals d'adquisició voluntària les mateixes causes que de forma general es preveuen en els articles 532-1 a 532-4 CCCat, si bé cal fer algunes precisions.

Quant a la pèrdua del bé, cal tenir present que pot ser total o parcial. La pèrdua total comprèn la desaparició de les condicions que feien possible al titular de fer complir la funció o la destinació econòmica del bé que s'equipara amb la seva desaparició (art. 532-2 CCCat). En aquest punt, cal preguntar-se si és admissible la subrogació real sobre altres béns. Recordem que l'article 533-2.3 CCCat estableix que el dret real subsisteix en els casos de subrogació real sobre altres béns, sobre determinades indemnitzacions derivades d'assegurances o d'expropiació forçosa o sobre altres indemnitzacions anàlogues. Al nostre entendre, la substitució real no encaixa bé amb els drets reals d'adquisició, atès que aquests estan especialment configurats en consideració a la singularitat del bé sobre el qual recauen, de manera que l'optant tindrà interès a optar per quedar-se el bé, però no necessàriament per quedar-se el bé subrogat o la indemnització de la seva pèrdua.

Hem de dir que, en el cas del dret d'opció, l'article 568-11 CCCat regula els efectes de la pèrdua total o parcial del bé de manera específica, tal com comentarem més endavant.

Els drets d'adquisició també s'extingeixen pel seu exercici (art. 568-7.2 CCCat). Són drets de tracte únic, de manera que, un cop exercits, s'extingeixen.

Com hem vist, també s'extingeixen pel venciment del termini de la seva durada o el del seu exercici (art. 568-6a, 568-8 i 568-13 CCCat).

En relació amb la caducitat i la subsegüent cancel·lació dels assentaments registrals, cal recordar que l'article 177 RH estableix que «los asientos registrales que tuviesen un plazo de vigencia para su ejercicio, se cancelarán por caducidad transcurridos cinco años desde su vencimiento, salvo caso de prórroga legal, y siempre que no conste asiento alguno que indique haberse ejercitado el derecho, modificado el título o formulado reclamación judicial sobre su cumplimiento».³²

Quant a la renúncia del dret, cal tenir present que la renúncia del tanteig comporta la del retracte.

32. És la regla de caducitat automàtica del dret, recollida en nombroses resolucions de la Direcció General de Registres, entre d'altres en la RDGRN de 23 d'abril de 2003.

3. EL DRET D'OPCIÓ

3.1. EL NEGOCI CONSTITUTIU

El dret d'opció és el que «faculta el seu titular per a adquirir un bé en les condicions establertes pel negoci jurídic que [el] constitueix» (art. 568-1a CCCat). Aquest negoci jurídic, com hem vist, pot ser oneros o gratuït, entre vius o per causa de mort.

El dret d'opció pot constituir-se com a tal en un negoci jurídic específic o bé com a integrant d'un altre negoci. Aquest darrer seria el cas, per exemple, de l'arrendament amb opció de compra o dels lísings. Fixem-nos que l'article 568-8.3 CCCat considera aquesta possibilitat en dir-nos que la durada del dret d'opció integrat en un altre negoci jurídic no pot superar la durada d'aquest negoci.

3.2. LA CONTRAPRESTACIÓ

Quant al contingut del títol, l'article 568-6b CCCat disposa que el títol ha de contenir «la contraprestació per a adquirir el bé o els criteris per a fixar-la i, si escau, el pacte d'exercici unilateral de la facultat d'optar. La contraprestació pot ésser no dinerària».

La lectura d'aquest article, juntament amb la de l'article 568-12 CCCat, que exigeix que perquè sigui vàlid l'exercici del dret d'opció s'ha d'acreditar el pagament del preu, semblen indicar que la contraprestació per a exercir el dret d'opció hauria de ser necessàriament onerosa. La doctrina està dividida sobre l'admissibilitat d'una contraprestació gratuïta. Per a Esteve Bosch,³³ no existeix una prohibició expressa i no hi ha inconvenient en el fet que es doni o es llogui un dret d'opció sense contraprestació. Per contra, per a Encarna Roca,³⁴ la lectura dels dos articles demostra que el legislador no admet la gratuïtat de la contraprestació. Per la nostra part, considerem que, en aplicació del principi de l'autonomia de la voluntat, seria admissible un dret real d'opció en què es poguessin adquirir els béns de manera gratuïta.³⁵

La contraprestació, segons l'article 568-6b CCCat, no cal que sigui dinerària. Així, doncs, pot consistir en una obligació de fer, en una obligació de no fer, en una permuta, etcètera.

33. Pedro del POZO CARRASCOSA, Antoni VAQUER ALOY i Esteve BOSCH CAPDEVILA, *Derecho civil de Cataluña*, p. 423 i seg.

34. Vegeu Encarna Roca a Lluís PUIG i FERRIOL i Encarna ROCA TRIAS, *Institucions del dret civil de Catalunya*.

35. De fet, en l'article 24 de la derogada LSSDA això es permetia expressament. En aquest punt, una redacció més curosa de l'actual text legal hauria esvaït aquest equívoc.

Cal recordar el que abans hem comentat per a quan l'opció recaigui sobre diferents béns i sobre la necessitat d'individualitzar el preu o la contraprestació en el cas de béns inscriptibles en un registre.

El preu de la contraprestació pot no estar determinat sempre que sigui fàcilment determinable i no presenti dubtes sobre la certesa del seu import. Així, per exemple, pot ser admissible fixar clàusules d'actualització monetària o d'estabilització del preu.³⁶

3.3. LA DURADA DEL DRET D'OPCIÓ

L'article 568-8 CCCat conté una norma específica per a la durada del dret d'opció, que —com hem dit anteriorment— cal coordinar amb el que disposa l'apartat *a* de l'article 568.6 CCCat. Aquesta interpretació sistemàtica ens porta a considerar que si en el títol constitutiu no es menciona la durada del dret, aquesta serà de quatre anys (art. 568-6a CCCat). Ara bé, si el títol conté la durada, aquesta mai no pot superar els deu anys (art. 568-8.1 CCCat). No obstant això, a la pràctica la durada no pot superar mai els deu anys mitjançant pròrroques acordades pels atorgants. La pròrroga pot ser alhora ampliada amb successives pròrroques d'altres períodes de com a màxim deu anys (art. 568-8.2 CCCat). És a dir, s'admeten pròrroques successives.

Fixem-nos que la possibilitat de prorrogar la durada del dret d'opció es pot haver pactat en el mateix negoci constitutiu del dret, o pot pactar-se posteriorment mitjançant un negoci renovador del primer.

Si el dret d'opció es constitueix dintre d'un altre negoci (p. ex., arrendament amb dret d'opció), la durada de l'opció serà com a màxim la del contracte en el qual s'integra, amb les pròrroques corresponents (art. 568.8-3 CCCat).

3.4. LA TRANSMISSIBILITAT DEL DRET D'OPCIÓ

Com dèiem anteriorment, una de les característiques dels drets reals és que l'objecte es pot transmetre sense que això afecti el dret real, que continua gravant-lo, i que el dret real mateix pot ser transmès.

En el cas del dret real d'opció, l'article 568-9 CCCat ratifica tot això: els béns gravats amb el dret d'opció i el mateix dret d'opció es poden transmetre i gravar. Així,

36. De manera expressa ho admet el Tribunal Superior de Justícia de Catalunya en la Sentència abans comentada de 7 de gener de 2011 quan afirma que la nova regulació continguda permet «la possibilitat a què hauran d'acudir els contractants en cas d'instituir drets d'adquisició preferent per períodes llargs, en forma de clàusules d'estabilització o d'increment del preu (com altrament succeeix en el cas debatut) per tal d'impedir que el transcurs del temps incideixi negativament en l'equilibri de prestacions de què es parteix en la data del contracte».

el propietari del bé, mentre no s'exerciti l'opció, pot alienar i gravar el bé, ja que els adquirents del bé se subroguen en la posició del propietari inicial. En aquest punt, quan l'article 568-9 CCCat utilitza el terme *alienar*, hem de considerar que es refereix a la transmissió per mitjà de qualsevol negoci jurídic. Ara bé, considerem que hi hauria una única excepció: l'expropiació forçosa, que s'identificaria amb la pèrdua o destrucció del bé.

També es pot gravar el bé mentre està vigent el dret d'opció. Però, un cop l'optant exerceix el seu dret, llavors s'extingeixen els gravàmens constituïts mentre el dret d'opció estava vigent, tal com proclama l'article 568-2.2 CCCat. I quan s'exercita el dret d'opció, l'optant ha de consignar el preu a favor dels titulars del gravamen (art. 568-12 CCCat).

Pel que fa al mateix dret d'opció, l'article 568-9.2 CCCat ens ratifica que «[e]ls drets d'opció són transmissibles, llevat que s'hagin constituït en consideració a llur titular». És a dir, fora de casos de constitució del dret *intuitu personae* —extrem que ha d'indicar-se expressament en el títol constitutiu—, el dret d'opció és transmissible per part del seu titular per mitjà de qualsevol negoci jurídic i títol.

D'altra banda, l'article 569-35 CCCat estableix que «[e]ls drets d'adquisició de caràcter real es poden hipotecar». Aquesta menció d'«hipotecar» hem de considerar-la ampliada a la constitució d'altres càrregues o gravàmens. L'opció, com tot dret real, pot ser embargada.

3.5. LA CONSERVACIÓ DE L'OBJECTE

D'acord amb el que disposa l'article 568-10.1 CCCat, els propietaris dels béns sobre els quals recau el dret d'opció estan obligats a conservar els béns amb diligència i han de respondre davant de l'optant per la deterioració que el bé pateixi per culpa o dol. Com a conseqüència d'aquest deure de conservar la cosa, el propietari està obligat a fer-se càrrec de les despeses per a reparar la cosa, excepte que es pacti el contrari (art. 568-10.3 CCCat).

L'incompliment de l'obligació de conservar la cosa comporta una indemnització per danys i perjudicis, però sols quan el propietari hagi actuat amb culpa o dol, no si ho ha fet amb negligència.

L'apartat 2 d'aquest article atorga a l'optant la facultat d'inspeccionar el bé mentre estigui pendent el dret d'opció per veure quin és el seu estat, però no li permet adoptar cap mesura ni obligar el propietari a realitzar cap acte per a una millor conservació del bé. Al nostre entendre, aquesta simple facultat d'inspecció resulta poc útil si no es pot compellir el propietari del bé a preservar-lo.³⁷

37. A diferència de l'article 117 LH, que autoritza el creditor hipotecari a sol·licitar judicialment que el propietari adopti mesures per a evitar el deteriorament. En el mateix sentit, recordem que en la ven-

Quant a la propietat dels fruits que generi el bé i a les millores i accessions introduïdes durant la vigència del dret d'opció, l'article 568-10.3 CCCat conté una norma especial que s'aparta del criteri general establert per al conjunt dels drets reals. Així, veiem que els fruits pendents en el moment d'exercir l'opció i les millores i accessions introduïdes pels propietaris del bé pertanyen a l'optant, que no té l'obligació de pagar-ne l'import. Fixem-nos que aquest article conté una excepció a la norma general continguda per als drets reals en l'article 541-3.2 CCCat, on s'estableix que qui percebi els fruits d'un bé ha de pagar les despeses que una tercera persona hagi fet per a produir-los.

3.6. LA PÈRDUA DE L'OBJECTE

L'article 568-11 CCCat regula les conseqüències de la pèrdua del bé, que seran diferents en funció de la causa de la pèrdua i segons si la pèrdua del bé és absoluta o parcial. En cas de pèrdua total del bé, si la causa de la pèrdua és la força major, el cas fortuït o la intervenció d'una tercera persona, l'optant perdrà igualment la prima pagada, ja que no pot exigir la seva restitució.

Ara bé, si la pèrdua és imputable a la culpa o el dol del concedent del dret o fins i tot d'un propietari posterior, llavors aquests han de retornar la prima pagada, sens perjudici de la indemnització pels danys i perjudicis ocasionats.

La redacció final d'aquest paràgraf, quan diu que si la pèrdua es produeix «per culpa o dol dels concedents del dret o dels propietaris, aquests han de retornar la prima pagada, sens perjudici de la indemnització pels danys i perjudicis», pot plantejar problemes a l'hora de la seva interpretació en el cas que el bé s'hagi transmès una o més vegades i el darrer propietari el perdi. Quan es diu que «aquests han de retornar la prima pagada» i indemnitzar pels perjudicis, entenem que això sols és aplicable al propietari que ha perdut el bé per culpa o dol, i no pas als anteriors propietaris.

El segon apartat del mateix article regula els efectes de la pèrdua parcial del bé, cas en què es permet que l'optant pugui triar entre no exercir el seu dret o bé exercir-lo sobre la part que resta subsistent. Si decideix exercir el seu dret sobre la part restant, llavors haurà de pagar la contraprestació de forma proporcional (art. 568-11.2 CCCat).

Ara bé, pel que fa a la prima pagada, aquest mateix apartat disposa que, en cas de pèrdua parcial, si aquesta s'origina per culpa o dol dels propietaris, aquests han d'indemnitzar l'optant pels danys i perjudicis i, segons l'elecció del titular de l'opció, han de retornar la part corresponent de la prima. *A contrario sensu*, ja que no es diu expressament, hem d'interpretar que si la pèrdua parcial es deu a una força major, l'ac-

da a carta de gràcia el creditor pot demanar al jutge que el propietari cessi les activitats que perjudiquen el bé (art. 327.1 CDCC). Creiem que el CCCat en regular el dret d'opció hauria d'haver establert una garantia similar per a l'optant.

tuació d'un tercer o un cas fortuït, llavors el propietari no ha de retornar la part de la prima.

Pel que fa a la pèrdua del bé com a motiu d'extinció dels drets reals, cal recordar el que disposa de manera general l'article 532-2 CCCat, que diu que la pèrdua és total si les condicions del bé impossibiliten al titular fer-ne complir la funció o la destinació econòmica. Aquesta impossibilitat de compliment de la funció o la destinació econòmica pot ser una impossibilitat legal sobrevinguda, com seria, per exemple, el canvi de la qualificació urbanística d'una finca. En aquest cas, si sobre el bé hi havia algun dret d'opció, aquest s'extingeix. En aquest sentit es manifesta la Sentència de l'Audiència Provincial de Lleida de 28 de desembre de 2009.³⁸

3.7. L'EXERCICI DEL DRET D'OPCIÓ

L'exercici del dret d'opció és sempre unilateral, en el sentit que el seu titular el pot exercir quan vulgui. Ara bé, per a adquirir la propietat del bé cal també la intervenció del propietari per a transmetre la propietat.³⁹

Com hem explicat anteriorment, en el debat obert entre la tesi adquisitiva de la propietat defensada per Esteve Bosch i la tesi tradicional defensada per Encarna Roca i Cumella Gaminde, nosaltres creiem que cal la tradició per a adquirir la propietat del bé.

En aquest sentit es pronuncia la Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona de 31 de març de 2009, que assenyalava que l'opció de compra s'exercita sempre de forma unilateral i va seguida de l'atorgament pel venedor i el comprador del negoci bilateral de compravenda, en què se solemnitza el contracte de compravenda, ja perfeccionat per la sola voluntat de l'optant.⁴⁰

L'article 568-12 CCCat diu com s'ha d'exercir el dret d'opció: «Els optants, sens perjudici del que estableixi el títol de constitució, han de pagar el preu o la contra-

38. Un supòsit d'impossibilitat de compliment de l'opció de compra per impossibilitat legal sobrevinguda que determina l'extinció del dret d'opció és l'objecte de la Sentència de l'Audiència Provincial de Lleida (Secció 2a) de 18 de desembre de 2009 (EDJ 2009/365196). En aquesta Sentència s'afirma que «no se puede exigir el cumplimiento de la opción de compra y, por ende, del correspondiente contrato de compraventa celebrado entre las partes por imposibilidad sobrevenida de cumplimiento, pues para llevar a cabo la venta es necesario proceder previamente a la segregación del edificio y el Ayuntamiento ha denegado la licencia de segregación porque la parcela resultante tendría una superficie inferior a la mínima establecida en la normativa urbanística aplicable, es decir, existe un impedimento legal que no hace posible la entrega».

39. Fora que s'hagi pactat expressament que amb el sol exercici del dret l'optant adquireix la propietat quan ja té la possessió del bé o pot adquirir-la per ell mateix complint els requisits establerts en l'apartat 3 de l'article 568-12 CCCat (que seria el cas de l'exercici unilateral que tractarem més endavant).

40. Sentència de l'Audiència de Barcelona (Secció 4a) de 31 de març de 2009 (EDJ 2009/200516), que en defensa d'aquesta tesi cita algunes sentències del Tribunal Suprem, entre aquestes la de 15 de juliol de 2008.

prestació en exercir el dret d'opció o abans d'exercir-lo i els concedents els han de lliurar la possessió del bé».

Així, primerament, per a exercir el dret d'opció l'optant ha de notificar fefaentment el seu exercici a qui sigui el propietari del bé en el moment en què exerciti el dret. Atès que el bé és transmissible, l'optant ha d'estar atent a les possibles transmissions per a notificar l'exercici del dret al propietari actual. Si el bé en qüestió és un immoble, cal, doncs, que consulti en el Registre de la Propietat qui figura com a propietari.

Aquest article diu que l'optant ha de pagar el preu o la contraprestació convinguda «en exercir el dret d'opció o abans d'exercir-lo», sens perjudici del que disposi el títol constitutiu, que pot establir una altra cosa, com ara el pagament posterior o a terminis.

En aquest punt hem de recordar que històricament s'han plantejat problemes per a determinar en quin moment s'ha de fer el pagament del preu o de la contraprestació. Aquesta ha estat una situació problemàtica, per la qual cosa el Tribunal Suprem ha hagut de declarar que el concedent no pot exigir les prestacions a l'optant abans d'atorgar el contracte definitiu, llevat que s'hagi establert que l'opció s'ha de sotmetre al requisit del pagament del preu (sentències del Tribunal Suprem de 6 de juliol de 2001, 19 de maig de 2003 i 27 d'octubre de 2005). En el dret anterior al CCCat, segons la STSJ de 14 de novembre de 2005 (RJ 2006/374), el pagament simultani no era un requisit d'eficàcia de l'opció.

Ara, com veiem, el Codi civil de Catalunya disposa que el pagament s'ha de realitzar en exercir el dret d'opció o abans d'exercir-lo, sens perjudici del que s'hagi establert en l'escriptura de constitució del dret d'opció (art. 568-12.1 CCCat). Així, doncs, en el títol de constitució es pot preveure que primer s'entregui la cosa i es pagui després. De fet, l'apartat 3 del mateix article 568-12 CCCat admet implícitament el pagament del preu a terminis.

L'apartat 1 de l'article 568-12 CCCat diu que, un cop executada la contraprestació pactada, els concedents han de lliurar la possessió del bé. No es tracta sols de lliurar la possessió, sinó de transmetre alhora la propietat del bé.

Recordem que l'atorgament del contracte i el lliurament de la possessió ha de fer-los el propietari actual, sigui o no el concedent. I, com hem vist anteriorment, el bé s'ha de lliurar amb els fruits i les millores que corresponguin, sense que l'optant hagi de pagar-ne l'import (568-10.3 CCCat).

3.8. L'EXERCICI UNILATERAL DEL DRET D'OPCIÓ

L'apartat 3 de l'article 568-12 CCCat permet excepcionalment que l'optant pugui exercir unilateralment el dret d'opció, sense la intervenció del propietari del bé, sempre que es compleixin les tres condicions que s'indiquen en el mateix article.

La interpretació d'aquest article és problemàtica, perquè no queda clar si amb l'exercici unilateral que preveu aquest article el que es vol és que per si mateix l'optant esdevingui propietari del bé. És a dir, amb aquesta interpretació no faria falta la tradició.

Però també seria possible una altra interpretació més conforme amb l'exigència de la tradició, que seria considerar que l'optant no ha de requerir el concedent (o propietari) per a atorgar el contracte definitiu (la compravenda), ja que el pot atorgar unilateralment l'optant quan es compleixin els tres requisits establerts en aquest article.

Al nostre entendre, aquesta darrera interpretació és la més ajustada a la tradició jurídica catalana i a l'exigència de la necessitat de tradició per a adquirir la propietat del bé.

Els tres requisits per a poder exercir unilateralment el dret d'opció establerts en l'article 568-12.3 CCCat són:

a) Que s'hagi pactat així en constituir el dret. També ho exigeix en aquest sentit l'article 568-6b CCCat. Recordem que en l'article 568-6e CCCat ja es disposa que, en aquest cas, en el títol de constitució s'ha d'indicar la manera d'acreditar el pagament del preu o de la contraprestació.

b) Que l'optant tingui la possessió del bé o la pugui obtenir de forma instrumental en formalitzar l'exercici de l'opció (en atorgar-se la mateixa escriptura). Un cas típic de la possessió del bé és el de l'arrendatari amb opció de compra.

c) Que el preu o la contraprestació es disposi notarialment a disposició dels propietaris i de les terceres persones que acreditin drets inscrits o anotats després del dret d'opció en el Registre, o bé que es garanteixi el preu o la contraprestació si se n'havia ajornat el pagament.

Fixem-nos que l'article 568-12.3 CCCat sembla que es contradigui amb l'article 568-6e CCCat, que exigeix que en l'escriptura s'ha de fer constar la forma d'acreditar el pagament, mentre que l'article 568-12.3c CCCat disposa que en l'exercici unilateral s'ha de depositar el preu notarialment a favor dels propietaris. Aquesta aparent contradicció se salva considerant que aquest darrer article és una protecció enfront de tercers, de manera que el pacte sobre com s'ha d'acreditar el pagament sols és efectiu quan no hi hagi tercers.

D'altra banda, hem de ser conscients que a la pràctica la consignació del preu sovint ha presentat problemes, alguns dels quals han motivat diverses resolucions de les direccions generals de registres. Així, podem citar les resolucions de la Direcció General del Notariat d'11 de juny de 2002 i 21 de febrer de 2005 (RJ 1800) i la Resolució de la Direcció General de Dret i d'Entitats Jurídiques (RDGDEJ) de 10 de maig de 2006 (*Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya* [DOGC] de 25 de juliol de 2006), que confirma la qualificació denegatòria d'una clàusula d'opció de compra que condicionava el pagament de part del preu al fet que, després de l'exercici unilateral, fos lliurada a l'optant la possessió de la finca.

També són interessants les resolucions de la Direcció General de Dret i d'Entitats Jurídiques (DGDEJ) de 5 de novembre de 2009 (DOGC de 28 de desembre

de 2009) i 6 de novembre de 2009 (DOGC de 18 de desembre de 2009), tramitades conjuntament, que resolen que una acta de notificació no és l'instrument idoni per a contenir l'exercici unilateral del dret d'opció i que aquest dret, com a poder de configuració jurídica, s'extingeix pel simple venciment del termini fixat convencionalment sense haver-lo exercit en els termes pactats.

3.9. EL LLIURAMENT DEL BÉ

Recordem que l'article 568-2 CCCat ordena que el bé s'ha de lliurar tal com es trobava en constituir el dret d'adquisició i per això estableix l'extinció dels drets incompatibles inscrits amb posterioritat a la constitució del dret d'adquisició. L'apartat 2 de l'article 568-12 CCCat concreta això en el cas del dret d'opció inscrit en el Registre de la Propietat i afegeix que quan sobre el bé existeixin drets reals o gravàmens posteriors al dret d'opció, l'optant ha de dipositar o consignar el preu a disposició de llurs titulars, als quals ha de notificar l'exercici del dret d'opció i també la constitució del dipòsit o la consignació del preu al seu favor.

Per a cancel·lar les càrregues i els drets inscrits amb posterioritat a la inscripció del dret d'opció, cal atendre el que disposa la legislació hipotecària. En aquest punt recordem que l'article 82 LH disposa la cancel·lació quan «el derecho inscrito o anotado quede extinguido por declaración de la Ley o resulte así del mismo título en cuya virtud se practicó la inscripción o anotación preventiva».

Quant a la conservació de l'objecte (art. 568-10 CCCat) i les conseqüències de la seva pèrdua (art. 568-11 CCCat), ens remetem al que ja hem dit anteriorment.

3.10. L'OPCIÓ I LA RESCISSIÓ PER LESIÓ

La rescissió per lesió en la compravenda d'un immoble es regula en els articles 321, 322, 323, 324 i 325 de la Compilació del dret civil de Catalunya (CDCC). Un dels problemes que planteja el dret d'opció és la possibilitat de rescindir, per lesió *ultra dimidium* del transmissor, l'adquisició d'un immoble derivada de l'exercici del dret.

Des de fa anys és doctrina pacífica i consolidada la jurisprudència que admet la rescissió per lesió en els casos de drets d'opció. El que no ha estat tan pacífic és la concreció del moment que cal prendre en consideració per a determinar el preu just, o bé atenent el valor del bé quan es va atorgar el dret d'opció o bé prenent com a referència el valor del bé quan s'exercita l'opció.

Abans, però, hem de dir que la rescissió sols és possible quan l'objecte de l'opció és un immoble i sols es pot exercir si l'opció es constitueix a títol oneros, atès que la rescissió per lesió sols opera en els casos de transmissions oneroses d'immobles (art. 321.1 CDCC).

Com dèiem, la jurisprudència ha estat contradictòria quant al moment que cal atendre per a valorar el bé: el de la constitució del dret d'opció (criteri acollit en la STSJC de 19 de maig de 2003, que disposa que el preu just s'ha de determinar en el moment en què es pacta el dret d'opció) o bé el de l'exercici del dret d'opció (criteri seguit per les sentències del TSJC de 22 de març de 1993 i 9 de novembre de 1993).

Al nostre entendre, el moment que cal prendre en consideració és el de la constitució del dret d'opció, sense tenir en compte l'evolució posterior del valor del bé. Aquest moment també és el que marca el *dies a quo* per al còmput dels quatre anys per a l'exercici de la rescissió.

La jurisprudència més recent del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya s'ha inclinat per prendre com a referència el valor del bé en el moment de constituir el dret d'opció. Així, aquest és el criteri seguit en la Sentència de 7 de gener de 2011, que ha proclamat que «el *preu just* s'ha de determinar d'acord amb el valor de venda de l'imoble en litigi, en la data d'atorgament de l'opció».⁴¹

4. ELS DRETS REALS DE TANTEIG I DE RETRACTE VOLUNTARIS

4.1. ASPECTES GENERALS

Recordem que l'article 568-1.1*b* CCCat defineix el tanteig com «aquell dret que faculta el seu titular per a adquirir a títol onerós un bé amb les mateixes condicions pactades amb un altre adquirent», i alhora l'article 568-1.1*c* CCCat defineix el retracte com «aquell dret que faculta el seu titular per a subrogar-se en el lloc de l'adquirent amb les mateixes condicions convingudes en un negoci jurídic onerós una vegada ha tingut lloc la transmissió».

Com hem dit anteriorment, en realitat són drets reals d'adquisició preferent que sols arriben a operar si es produeix una notificació de la transmissió (en el cas del tanteig) o una transmissió ja consumada (en el cas del retracte), de manera que el seu exercici no és possible si prèviament no hi ha una voluntat de transmissió a un tercer per part del propietari del bé.

Tant el tanteig com el retracte sols són exercitables en transmissions oneroses, ja que el tantejant i el retraient han de pagar la contraprestació convinguda pel propietari amb l'adquirent. Perquè no hi hagi dubtes, l'article 568-14.3 CCCat disposa que «les transmissions gratuïtes, entre vius o per causa de mort, no afecten el dret de tanteig», i cal entendre que el mateix succeeix amb el retracte.

La contraprestació, a més a més de ser onerosa, ha de consistir en un bé fungible, ja que si no és fungible, el tantejant i el retraient no poden oferir el mateix bé al pro-

41. STSJC (Secció 1a) de 7 de gener de 2011 (EDJ 2011/29411). També en aquest sentit podem citar la Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona (Secció 4a) de 31 de març de 2009 (EDJ 2009/200516).

pietari. Així, doncs, el tanteig i el retracte no poden exercir-se quan l'adquirent es compromet a realitzar una obligació de fer personalíssima; o una obligació de no fer, o una permuta amb un bé únic, com un quadre o una joia.

Els drets de tanteig i retracte teòricament es poden presentar de diverses maneres. Així, teòricament podem tenir un dret real de tanteig sense retracte, un retracte sense tanteig, i alhora un tanteig i un retracte independents. Veurem que a la pràctica no totes aquestes combinacions són possibles.

El tanteig sol sense retracte no és admès, ja que l'article 568-15.1 CCCat disposa que el dret de tanteig comporta sempre el de retracte quan manca la notificació dels elements essencials de la transmissió o si la transmissió es fa en condicions diferents de les comunicades o es fa abans del termini per a exercir el tanteig. Ara bé, si es comuniquen les condicions de la transmissió i aquesta es realitza en la forma anunciada, un cop transcorregut el termini de tanteig el retracte no arriba a existir. No hi ha retracte. És a dir, en aquesta modalitat el retracte sols existeix quan no s'han complert els requisits per a poder exercir el tanteig. D'aquesta forma, el retracte es configura com una segona fase del tanteig, que sols té lloc quan no s'ha pogut exercir el tanteig per una causa imputable al transmissor (per no haver fet la notificació o fer-la incompleta, o per alienar abans del termini d'exercici del tanteig o alienar amb condicions diferents de les comunicades al tantejant).

En canvi, sí que es pot pactar un retracte sense necessitat d'establir un tanteig previ, possibilitat admesa expressament en l'article 568-14.4 CCCat.

Finalment, també es pot establir un tanteig i un posterior retracte independent del tanteig com una segona oportunitat per a adquirir el bé. Aquesta modalitat no està considerada expressament en el Codi civil de Catalunya, ni tampoc està prohibida, per la qual cosa considerem que, per respecte a l'autonomia de la voluntat, és una combinació perfectament admissible.

Ens remetem als temes generals comentats anteriorment sobre el contingut del títol de constitució, la constitució i l'eficàcia, l'objecte i altres aspectes generals comentats abans i abordarem a continuació aspectes que són específics del tanteig i del retracte. Abans, però, amb referència a la transmissibilitat dels drets de tanteig i retracte, hem de dir que, encara que no es digui res respecte a aquesta qüestió, a diferència de l'opció, en què es diu expressament, els drets de tanteig i retracte són transmissibles a tercers.

4.2. L'EXTINCIÓ DELS DRETS DE TANTEIG I RETRACTE

Els drets de tanteig i retracte s'extingeixen per les mateixes causes que s'extingeixen tots els drets reals, per llur exercici, pel venciment del termini de la seva durada (art. 568-7.1 CCCat) o pel venciment del termini del seu exercici.

Cal fer dues matisacions respecte a la renúncia. En primer lloc, que l'article 568-7.2

CCCat disposa que la renúncia del dret de tanteig implica la del retracte. I això és coherent amb la idea que quan hi ha un dret de tanteig, aquest comporta un dret de retracte per a evitar que el propietari eviti el tanteig no notificant la seva voluntat de transmetre el bé, o notificant-la de forma incompleta, o transmetent el bé abans que expiri el termini per a exercir el tanteig.

La segona qüestió és que aquest mateix article permet que el titular del dret de tanteig renunciï a exercir-lo respecte a una transmissió concreta (art. 568-7.2 CCCat). Ara bé, per tal que això sigui possible, tot i que aquest article no ho diu, aquesta possibilitat de renunciar a l'exercici del tanteig en una transmissió sols escau si el tanteig s'ha pactat per a més d'una transmissió, ja que si no s'ha pactat per a més d'una transmissió, el tanteig s'extingeix amb la primera.

4.3. LA DURADA DEL TANTEIG I DEL RETRACTE

Segons l'article 568-13 CCCat, el tanteig (i també cal entendre que el retracte que comporta aquest quan no es compleixen els requisits per a poder exercir el tanteig) «es pot constituir per temps indefinit per a la primera transmissió i per un màxim de deu anys si s'ha pactat d'exercir-lo en segones i ulteriors transmissions».

El dret de tanteig per a les segones transmissions pot ser prorrogat successivament, però cap de les pròrrogues pot excedir els deu anys.

Si conjuquem aquest article amb l'apartat 1 de l'article 568-6 CCCat hem de concloure que si en el títol de constitució no es fixa la durada, aquesta és de quatre anys. Si es fixa la durada, aquesta dura el que pactin les parts, que també poden establir una durada indefinida. Les parts fins i tot poden pactar que el tanteig abasti les segones i posteriors transmissions fetes dintre del termini de deu anys. El problema és que la llei no diu des de quan s'ha de comptar aquest termini de deu anys: si des de la constitució del dret o des del moment en què té lloc la primera transmissió. Sembla més coherent que sigui des de la primera transmissió.

Recordem que si no es pacta expressament que abasti segones transmissions, el dret s'extingeix amb el seu no exercici davant la primera transmissió.

4.4. L'EXERCICI DEL TANTEIG I DEL RETRACTE

L'article 568-14 CCCat conté normes específiques per a l'exercici del tanteig que també són aplicables a l'exercici del retracte quan aquest està desconnectat d'un dret de tanteig previ (per la remissió feta en el darrer apartat de l'article 568-14.5 CCCat).

La regla general és que el tanteig (i també el retracte) sols es pot exercir una sola vegada sobre la primera transmissió onerosa, excepte que es pacti expressament que també abasta les transmissions posteriors (art. 568-14.1 CCCat). Recordem que les

transmissions gratuïtes no afecten el dret de tanteig ni el dret de retracte (art. 568-14.3 CCCat).

El *dies a quo* per a l'exercici del dret és l'endemà del dia en què es produeix la comunicació fefaent. Si la transmissió projectada està sotmesa a un termini o a una condició suspensiva, el *dies a quo* comença quan ha arribat el termini o quan el tantejant coneix que s'ha produït el fet.

L'exercici del dret de tanteig s'ha de fer en el termini pactat per les parts; si no han pactat res, caduca en el termini de dos mesos a comptar des de la comunicació fefaent de la intenció de vendre el bé. Fixem-nos, però, que hi ha una contradicció amb el termini d'exercici d'un mes fixat en l'article 568-6 CCCat. Entenem que la contradicció s'ha de salvar aplicant el criteri específic fixat per al tanteig en l'article 568-14.4 CCCat.

El tanteig també és exercitable en casos de transmissió per subhasta judicial o extrajudicial (art. 568-14.2 CCCat), cas en què el tantejant ha d'igualar el millor preu de la subhasta. El tantejant no està obligat a participar en la subhasta. Se li ha de notificar la millor postura i ell té dret a igualar-la. El dret de tanteig ha d'exercir-se entre l'aprovació de la rematada i abans de l'adjudicació dels béns.⁴² Si no es notifica al tantejant la millor postura, tindrà dret al retracte quan conegui la transmissió o s'anoï en el Registre.

En el cas del retracte, s'ha de notificar la transmissió ja efectuada. La comunicació ha de contenir les dades de la transmissió per tal que el retraient pugui decidir si exerceix o no el seu dret.

Quant a la durada del termini d'exercici del retracte desconnectat d'un tanteig previ per la remissió de l'apartat 5 del mateix article 568-14.5 CCCat, creiem que el termini és de dos mesos. Aquí ens trobem altre cop amb un problema interpretatiu de la durada del termini per a exercir el dret establert en l'article 568-15.2 CCCat per al tanteig convertit en retracte, que, a falta de pacte, s'ha d'exercir en el termini de tres mesos des que es té coneixement de la transmissió o s'inscriu en el Registre de la Propietat.

En el cas del retracte, s'ha discutit en l'àmbit del Codi civil si pot haver-hi retracte en casos de subhasta. El Tribunal Suprem ho va admetre en sentències com la de 30 d'octubre de 1990 i la d'1 de juliol de 1991 en considerar que amb l'aprovació de la rematada i la posterior adjudicació judicial es perfecciona el contracte, ja que l'adjudicació al rematant esdevé la tradició simbòlica que per altra banda dona peu a l'exercici del retracte.

Pel que fa a l'exercici del tanteig i del retracte en cas de venda en subhasta judicial, resulta interessant la Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya de 3 d'octubre de 2013, que disposa que «en cas de venda en pública subhasta d'un bé

42. Així ho ha establert el Tribunal Suprem en diverses sentències. Vegeu la Sentència del Tribunal Suprem de 8 de juny de 1995.

immoble sobre el qual hi hagi un dret de tanteig, i en el seu cas de retracte, obliga, en cas d'aprovació del remat en favor d'un tercer, a suspendre l'adjudicació del bé en favor d'aquest, i a comunicar al titular del tanteig les condicions de la venda judicial per tal que pugui exercir l'esmentat dret d'adquisició preferent fent efectiu el preu assolit en la subhasta. En cas que l'anterior exigència no s'hagi acomplert, o sigui, en cas que només se li hagi comunicat la celebració de la subhasta i les seves condicions, o quan ni tan sols se li hagi fet saber, quan el bé s'hagi adjudicat a un tercer tindrà dret de retracte des del moment en què se li comuniqui la venda judicial».⁴³

Pel que fa al còmput del termini per a exercir el retracte, la data d'inici del termini és la data de notificació al retraient de la interlocutòria per la qual s'acorda l'adjudicació. En aquest sentit s'ha manifestat la Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona de 22 de desembre de 2011.⁴⁴

4.5. EL PAGAMENT DEL PREU

Per a exercir tant el tanteig com el retracte, el tantejant i el retraient han de satisfer al propietari la mateixa contraprestació comunicada en el cas del tanteig o concedida pel tercer adquirent en el cas del retracte. Com hem dit anteriorment, això fa que a la pràctica la contraprestació hagi de ser monetària. Així, doncs, per a exercir el tanteig, el tantejant ha de pagar el mateix preu i en els mateixes condicions que el propietari li va comunicar que li oferia el tercer que volia adquirir el bé. I, per a exercir el retracte, el retraient ha de pagar el preu que el tercer adquirent i ara nou propietari va pagar al primer propietari. Ara bé, en el cas del retracte, és habitual que el retracte s'hagi d'exercir per la via judicial, com veurem més endavant.

A l'hora de pagar el preu, s'ha de pagar el preu que realment s'ha pagat. A la pràctica poden sorgir problemes quan el preu escripturat no es correspon amb el preu realment pagat. En aquests casos en què s'escriptura per un preu inferior al pagat realment, el retraient ha de pagar el preu realment pagat. Ara bé, el propietari ha d'acreditar el preu real, i si no es prova s'ha de pagar el preu escripturat. En aquest sentit s'ha manifestat el Tribunal Suprem en sentències com la de 25 de maig de 2001.⁴⁵

43. STSJ (Secció 1a) de 3 d'octubre de 2013 (EDJ 2013/263941).

44. Per a la Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona (Secció 17a) de 22 de desembre de 2011 (EDJ 2011/356235), en cas de transmissió en subhasta judicial el *dies a quo* es «el día en que el retrayente ha tenido conocimiento pleno de la venta y sus condiciones, lo que no tiene lugar con la subasta, sino con el auto de adjudicación, siendo la fecha de este la que debe tomarse en cuenta como día inicial del cómputo a no ser que el retrayente desconozca su existencia, en cuyo caso el plazo comenzará a partir del día siguiente a su notificación».

45. La STS de 25 de maig de 2001 (EDJ 2001/6621) diu: «[...] el retracto ha de realizarse por el precio real y verdadero en que fue vendida la finca y no por el simulado e inferior que se hizo constar en la escritura pública de venta, por razones de elemental justicia y en evitación de un lucro reprobable, se pro-

4.6. LA CONVERSIÓ DEL TANTEIG EN RETRACTE

Per tal d'evitar que el dret de tanteig es vegi burlat per la manca de notificació, o per una notificació incompleta de les condicions essencials de la transmissió o per la realització de la transmissió abans del termini per a exercir el tanteig, l'article 568-15 CCCat preveu que si té lloc qualsevol d'aquestes tres circumstàncies, el tanteig es converteix en retracte.

En aquest cas, el retraient disposa del mateix termini que s'havia pactat per a exercir el tanteig un cop coneix les circumstàncies de la transmissió o, si no se n'ha pactat cap, llavors disposa de tres mesos per a exercir-lo des que s'inscriu la transmissió en el Registre de la Propietat (si es tracta d'immobles) o bé des que té coneixement de l'alienació.

4.7. LA CONSERVACIÓ DE LA COSA

A diferència de l'opció, en què el propietari ha de conservar la cosa, en el tanteig i el retracte no existeix aquesta obligació de conservar la cosa. La raó d'aquest diferent tractament és que, en el cas del tanteig i el retracte —a diferència de l'opció—, el preu no està predeterminat, sinó que es fixa segons el que pagui un tercer adquirent, qui paga un preu en funció de com es troba el bé en aquell moment. Així, doncs, el tantejant i el retraient decideixen si paguen el mateix preu que el tercer en funció del que val en aquell moment la cosa atesa la situació física i jurídica en què es troba.

En canvi, sí que existeix un deure de conservació de la cosa, un cop notificada la intenció de transmetre, fins que no passi el termini per a exercir el tanteig. I, en el cas del retracte, hi ha el deure de conservar el bé fins que no passi el termini per a exercir el retracte. La raó d'aquesta obligació de conservació durant aquest temps és que en aquests casos el preu ja està fixat i es fixa sobre la base de la situació física i jurídica del bé, de manera que el tantejant o el retraient que exercita el seu dret d'adquisició preferent té dret a rebre-la en el mateix estat que tenia en el moment en què se li va comunicar la intenció de vendre (en el cas del tanteig) o en el moment en què la va adquirir el tercer (en el cas del retracte).

De la mateixa manera, en exercir el tanteig o el retracte, el tantejant i el retraient adquireixen el bé amb les càrregues que hagi pogut establir sobre aquest el propietari, càrregues que perviuran. Ara bé, si el bé transmès es grava entre el moment de la comunicació de la transmissió projectada i abans que s'acabi el termini d'exercici del tanteig —en el cas del tanteig—, o bé el grava el tercer adquirent un cop aquest n'és propietari —en el cas del retracte—, considero que en ambdós casos tant el tantejant

nuncia la sentència de 30 de abril de 1991, [...] corresponde al comprador la carga de la prueba del precio que realmente satisfizo, distinto al escriturado».

com el retraient tenen dret a rebre la cosa sense càrregues, de manera que aquestes càrregues quedarien extingides amb l'exercici del tanteig o del retracte.⁴⁶

4.8. ELS EFECTES DE L'EXERCICI DEL TANTEIG I DEL RETRACTE

L'exercici del tanteig provoca que el propietari hagi de transmetre el bé al tantejant en les mateixes condicions que li havia comunicat. Per tant, cal atorgar el contracte de compravenda en què s'ha de lliurar el bé i s'ha de pagar el preu.

El mateix succeeix amb el retracte, si bé en aquest cas el transmissor no és el que concedeix el dret, sinó el propietari actual.

4.9. L'EXERCICI JUDICIAL DEL RETRACTE

A la pràctica, l'exercici del retracte comporta la necessitat de tramitar un procediment judicial. L'article 249.1.7 LEC disposa que el procediment que s'ha de seguir és el propi del judici ordinari per raó de la matèria, amb independència que l'objecte sigui un bé moble o un immoble.

La quantia del procediment és el preu pactat en el contracte (en aquest cas, el mateix preu que l'adquirent va pagar pel bé), sempre que no sigui inferior al valor cadastral, en cas d'immobles (art. 251.3.4 LEC).

L'article 266.3 LEC diu que en el moment de presentar la demanda el retraient ha d'aportar els documents en què funda el seu títol i també ha de consignar el preu, si és conegut, o bé ha d'atorgar una caució que garanteixi el seu pagament. Per tant, en interposar la demanda s'ha de fer la consignació judicial del preu o bé s'ha d'aportar un aval.⁴⁷

La demanda s'ha de dirigir contra l'adquirent i, si hi ha hagut successives transmissions, s'ha de demandar a tots els adquirents successius.⁴⁸

Un cop la sentència hagi estat dictada i sigui ferma, si el propietari no atorga l'escriptura de transmissió de la propietat, es pot instar el compliment forçós d'aquest atorgament per la via de l'article 708 LEC (condemna a l'emissió d'una declaració de voluntat), de manera que, passats vint dies des que la sentència sigui ferma sense que l'executat emeti una declaració de voluntat, el jutjat, per mitjà d'una interlocutòria, la tindrà per emesa si estiguessin determinats els elements essencials del negoci i lliurarà

46. Cancel·lació registral, que es practicaria a l'empara del segon paràgraf dels art. 80 LH i 175 RH.

47. El requisit de consignar el preu ha estat refermat per diverses sentències del Tribunal Suprem, com la de 28 de novembre de 2006. Quant a l'admissió de l'aval, vegeu la Sentència del Tribunal Suprem de 15 d'abril de 1998.

48. Vegeu en aquest sentit la Sentència del Tribunal Suprem de 20 de juny de 1980.

un manament d'inscripció en el Registre de la Propietat (si el bé és immoble), sens perjudici del compliment de les normes civils i mercantils sobre la forma i la documentació dels negocis jurídics.

5. BIBLIOGRAFIA

- BOSCH CAPDEVILA, Esteve. «Art. 568-13 a 568-20 CCCat». A: DECANATO AUTONÓMICO DE LOS REGISTRADORES DE CATALUÑA. *Derechos reales*. Barcelona: Bosch, 2008, p. 1692 i seg.
- «Exercici del dret d'opció i adquisició de la propietat». A: BADOSA COLL, Ferran; GETE-ALONSO CALERA, M. Carmen. *La adquisición y transmisión de derechos reales: Estudio del derecho catalán y otros sistemas jurídicos*. Barcelona: Marcial Pons: Col·legi de Notaris de Catalunya, 2009, p. 243 i seg.
- CUMELLA GAMINDE, Antonio. «Art. 568-1 a 568-12 CCCat». A: DECANATO AUTONÓMICO DE LOS REGISTRADORES DE CATALUÑA. *Derechos reales*. Barcelona: Bosch, 2008, p. 1662 i seg.
- FERNÁNDEZ PIERA, Álvaro. «Los derechos de adquisición preferente». A: BADOSA COLL, Ferran; GETE-ALONSO CALERA, M. Carmen. *La adquisición y transmisión de derechos reales: Estudio del derecho catalán y otros sistemas jurídicos*. Barcelona: Marcial Pons: Col·legi de Notaris de Catalunya, 2009, p. 243 i seg.
- POZO CARRASCOSA, Pedro del; VAQUER ALOY, Antoni; BOSCH CAPDEVILA, Esteve. *Derecho civil de Cataluña: Derechos reales*. 4a ed. Barcelona: Marcial Pons, 2012, p. 423 i seg.
- PUIG FERRIOL, Lluís; ROCA TRIAS, Encarna. *Institucions del dret civil de Catalunya*. Vol. IV: *Drets reals*. València: Tirant lo Blanch, 2007, p. 697 i seg.